

**PROBLEMATIKA YURIDIS EKSISTENSI ASAS LEGALITAS
DALAM KERANGKA PENEMUAN HUKUM PIDANA**

JURNAL ILMIAH

Diajukan Untuk Memenuhi Sebagian Syarat-Syarat Memperoleh
Gelar Kesarjanaan Dalam Ilmu Hukum



Oleh :
ANGGRAENI INDAH P
NIM. 0910110008

**KEMENTERIAN PENDIDIKAN DAN KEBUDAYAAN
UNIVERSITAS BRAWIJAYA
FAKULTAS HUKUM
MALANG
2013**

PROBLEMATIKA YURIDIS EKSISTENSI ASAS LEGALITAS DALAM KERANGKA PENEMUAN HUKUM PIDANA

Anggraeni Indah P, Bambang Sudjito, dan Paham Triyoso

Fakultas Hukum Universitas Brawijaya

Email: Anggraeni.Indah.23@gmail.com

Abstraksi: Penelitian ini mengangkat permasalahan tentang problematika yuridis eksistensi asas legalitas dalam penemuan hukum pidana ketika hakim menghadapi kekosongan hukum. Penelitian ini bertujuan untuk menganalisis eksistensi asas legalitas dalam penemuan hukum pidana. Penulis mengkaji secara mendalam peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang penemuan hukum pidana. Kemudian kajian tersebut dikaitkan dengan keberadaan asas legalitas sebagai asas yang harus ditaati dalam menegakkan hukum pidana. Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan perundang-undangan dan perbandingan. Penelitian ini diharapkan dapat membantu hakim dalam melakukan penemuan hukum pidana agar memenuhi rasa keadilan dengan tetap mempertahankan asas legalitas.

Abstract: This study raised concerns about problems in the juridical existence of the principle of legality in criminal law discovery when judges face a legal vacuum. This study aims to analyze the existence of the discovery of the principle of legality in criminal law. Author elaborates legislation governing the discovery of criminal law. Then the study is associated with the existence of the principle of legality as a principle to be followed in enforcing the criminal law. The approach used in this study is statute approach and comparative. This research is expected to assist the judge in making the discovery of the criminal law in order to satisfy the sense of justice while maintaining the principle of legality.

Kata Kunci: Asas Legalitas, Penemuan Hukum Pidana

PENDAHULUAN

Indonesia merupakan Negara yang berdasarkan atas hukum.¹ Konsekuensi dari Negara hukum adalah adanya produk hukum yang dikeluarkan pemerintah untuk mendasari segala aktivitas Negara. Produk hukum pemerintah diantaranya yaitu Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Peraturan Perundang-undangan, dan sebagainya. Salah satu produk hukum yang menjadi sorotan utama dalam penegakan hukum yaitu Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia merupakan serangkaian peraturan yang mengatur tentang tindak pidana disertai sanksi. Menurut Sudikno Mertokusumo, “Hukum Pidana bertujuan untuk menentukan perbuatan-perbuatan apa atau siapa sajakah yang dapat dipidana serta sanksi-sanksi apa sajakah yang tersedia”.² Sedangkan menurut Kansil:³

Hukum Pidana itu ialah hukum yang mengatur tentang pelanggaran dan kejahatan-kejahatan terhadap kepentingan umum, perbuatan mana diancam dengan hukuman yang merupakan suatu penderitaan atau siksaan.

Salah satu unsur utama dalam Hukum Pidana Indonesia yang tertuang dalam KUHP yaitu tindak pidana. Simons mengemukakan bahwa:⁴

Strafbaarfeit itu adalah kelakuan yang diancam dengan pidana, bersifat melawan hukum, dan berhubungan dengan kesalahan yang dilakukan oleh orang yang mampu bertanggungjawab.

Syarat suatu perbuatan dapat disebut sebagai tindak pidana yaitu harus bersifat melawan hukum, baik melawan hukum formil maupun melawan hukum materiil. Sifat melawan hukum formil berhubungan langsung dengan adanya asas

¹ UUD 1945 Pasal 1 ayat (3).

² Sudikno Mertokusumo, **Mengenal Hukum Suatu Pengantar**, dalam Roni Wiyanto, **Asas-Asas Hukum Pidana Indonesia**, Mandar Maju, Bandung, 2012, hal 5.

³ Kansil & Christine S.T. Kansil, **Pokok-Pokok Hukum Pidana: Hukum Pidana Untuk Tiap Orang**, Pradnya Paramita, Jakarta, 2004, hal 3.

⁴ Chairul Huda, **Dari ‘Tiada Pidana Tanpa Kesalahan’ Menuju Kepada ‘Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan**, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2011, hal 27.

legalitas sebagai dasar penentuan sifat melawan hukum dari suatu perbuatan. Suatu perbuatan baru dapat dikatakan bersifat melawan hukum formil apabila perbuatan tersebut telah ditentukan dalam peraturan perundang-undangan sehingga dapat dipidana. Sedangkan perbuatan dapat dinyatakan bersifat melawan hukum materiil jika melanggar peraturan perundang-undangan dan nilai-nilai di dalam masyarakat.

Asas Legalitas dalam Hukum Pidana Indonesia terdapat dalam pasal 1 ayat (1) KUHP, yaitu:

Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan.

Asas legalitas dalam KUHP membatasi Hakim untuk menjatuhkan putusan di luar Undang-Undang. Dalam hal ini hakim merupakan corong undang-undang. Namun Undang-Undang yang dibuat oleh pemerintah tidak cukup menjangkau seluruh aspek kehidupan dalam masyarakat. Ada kalanya terdapat kasus yang terjadi di dalam masyarakat, tetapi Undang-Undang belum bisa menyentuh kasus tersebut. Dalam hal ini, terjadi kekosongan hukum pidana karena Undang-Undang belum mengatur kasus yang terjadi di dalam masyarakat. Oleh sebab itu, hakim berupaya melakukan penemuan hukum untuk menghadapi kekosongan hukum pidana. Boy Nurdin mengemukakan:⁵

Seorang hakim harus bertindak selaku pembentuk hukum dalam hal peraturan perundangan tidak menyebutkan sesuatu ketentuan untuk menyelesaikan suatu perkara yang terjadi.

Salah satu hakim yang pernah melakukan penemuan hukum ketika menghadapi kekosongan hukum pidana yaitu Bismar Siregar. Pada tingkat banding, Bismar Siregar menangani kasus perzinahan yang dilakukan oleh seorang pria dan wanita yang belum terikat perkawinan. Sebelum berzina, pihak pria berjanji akan menikahi pihak perempuan. Namun setelah melakukan perzinahan, pihak pria justru meninggalkan pihak wanita tanpa bertanggung jawab. Akibatnya

⁵ Boy Nurdin, **Kedudukan dan Fungsi Hakim dalam Penegakan Hukum di Indonesia**, PT.Alumni, Bandung, 2012, hal 87.

pihak perempuan mengajukan perkara tersebut kepada kepolisian untuk diteruskan ke Pengadilan.⁶

Pada pengadilan tingkat pertama, hakim menjatuhkan putusan pidana atas perbuatan cabul. Namun di tingkat banding, Bismar Siregar menjatuhkan putusan pidana atas tindak pidana penipuan. Bismar memperluas makna **barang** sehingga **alat kelamin** wanita dapat dikategorikan sebagai objek dalam penipuan.⁷

Penemuan hukum pidana yang dilakukan oleh Bismar Siregar dilakukan dengan berdasar pada sifat melawan hukum dalam fungsi positif. Sifat melawan hukum dalam fungsi positif yaitu apabila perbuatan yang dilakukan tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, tetapi oleh nilai-nilai masyarakat perbuatan tersebut dianggap sebagai tindak pidana, maka dapat dipidana. Penggunaan nilai-nilai di dalam masyarakat ini dapat menjadi alasan logis bagi hakim untuk melakukan penemuan hukum pidana. Seperti yang telah diterangkan dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, “*Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*”. Ketentuan ini dapat menjadi alasan pembenar atas penggunaan norma-norma di dalam masyarakat sebagai dasar untuk menentukan keadilan sesuai kehendak masyarakat.

Apabila perbuatan yang diajukan ke Pengadilan tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan hukum pidana, tetapi nilai di dalam masyarakat mengatakan bahwa perbuatan tersebut termasuk perbuatan amoral dan patut dipidana, maka nilai-nilai tersebut dapat menjadi alasan logis bagi hakim untuk menjatuhkan putusan berdasarkan hati nurani. Dasar inilah yang menjadi pertimbangan hakim untuk menggunakan hukum tidak tertulis sebagai sarana untuk mengisi kekosongan hukum pidana demi mencapai keadilan substantif.

⁶ Antonius Sudirman, **Hati Nurani Hakim dan Putusannya: Suatu Pendekatan dari Perspektif Ilmu Hukum Perilaku (Behavioral Jurisprudence) Kasus Hukum Bismar Siregar**, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, hal 210.

⁷ *Ibid*, hal 211.

Keadilan substantif tersebut dianggap lebih mengakomodir nilai-nilai di dalam masyarakat sehingga sesuai dengan kehendak masyarakat.⁸

Ketentuan ini diperkuat dengan pasal 10 ayat (1) dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyebutkan bahwa: Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.

Hakim harus berpegang pada asas *ius curia novit*, yaitu hakim dianggap tahu hukum sehingga tidak boleh menolak perkara dengan dalih hukumnya tidak ada.⁹ Dalam hal ini, apabila terjadi kekosongan hukum pidana, hakim harus tetap mengadili dengan melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Ketentuan mengenai penggunaan hukum tak tertulis atau *living law* bertolak belakang dengan makna implisit dalam asas legalitas yang justru mengedepankan hukum tertulis. Asas legalitas menjunjung tinggi kepastian hukum untuk menghindari kesewenang-wenangan hakim dalam menjatuhkan putusan. Namun Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman justru memberikan wewenang bagi hakim untuk menggunakan hukum tak tertulis sehingga bertentangan dengan konsep asas legalitas. Apabila hakim tidak menemukan pasal yang mengatur tentang kasus yang dihadapi, lalu akan melakukan penemuan hukum pidana dengan cara menggali hukum tak tertulis, secara tidak langsung asas legalitas akan dikesampingkan.

Apabila asas legalitas dijadikan sebagai sorotan utama dalam menentukan perbuatan bersifat melawan hukum, maka nilai-nilai di dalam masyarakat akan dikesampingkan sehingga bertentangan dengan rasa keadilan. Namun jika keadilan dijadikan sebagai sorotan utama dalam menentukan sifat melawan hukum suatu perbuatan, sehingga hakim harus menggali hukum tak tertulis di dalam masyarakat, maka kepastian hukum akan dikesampingkan sehingga beresiko menimbulkan kesewenang-wenangan hakim.

⁸ Faisal, **Menerobos Positivisme Hukum**, Rangkap-edukation, Yogyakarta, 2010, hal 42.

⁹ Ahmad Rifai, **Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif**, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hal 91.

Oleh sebab itu, diperlukan suatu kajian mendalam mengenai eksistensi asas legalitas dalam penemuan hukum pidana. Dalam hal ini akan dikaji mengenai bagaimana mempertahankan asas legalitas dalam penemuan hukum pidana jika ditinjau dari peraturan perundang-undangan dan teori hukum. Kajian tersebut dapat dilakukan dengan membongkar makna implisit dari asas legalitas untuk mengetahui asumsi-asumsi yang terdapat di dalamnya.¹⁰ Berdasarkan hal itu, dapat dikaji lebih lanjut mengenai batasan-batasan bagi hakim untuk menggali *nilai-nilai di dalam masyarakat* dalam penemuan hukum pidana sehingga tidak akan menimbulkan kesewenang-wenangan hakim.

Seperti yang telah dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo, “Hukum ada tidak semata-mata untuk dirinya sendiri, tetapi untuk tujuan dan makna sosial yang melampaui logika hukum.”¹¹ Berdasarkan kajian tersebut, dapat dilakukan suatu analisis hukum dalam menentukan eksistensi asas legalitas dalam penemuan hukum pidana. Kajian ini diharapkan dapat menjadi solusi alternatif atas polemik eksistensi asas legalitas dalam penemuan hukum pidana di Indonesia sehingga dapat tercapai keadilan substantif sesuai dengan kehendak masyarakat.

PERMASALAHAN

1. Apa problematika yuridis eksistensi asas legalitas dalam kerangka penemuan hukum pidana ?
2. Bagaimana eksistensi asas legalitas dapat dipertahankan dalam penemuan hukum pidana ?

METODE PENELITIAN

Jenis penelitian ini adalah penelitian hukum normatif terhadap asas hukum, yaitu asas legalitas. Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini yaitu

¹⁰ Anthon F. Susanto, **Dekonstruksi Hukum: Eksplorasi Teks dan Model Pembacaan**, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010, hal 15.

¹¹ Satjipto Rahardjo, **Hukum Progresif: Sebuah Sintesa Hukum Indonesia**, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009, hal 21.

Perundang-Undangan (*Statute Approach*) dan Perbandingan (*Comparative Approach*).

Jenis bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini adalah bahan hukum primer yang isi dan sifatnya mengikat antara lain Pasal 24 ayat (1) UUD 1945; Pasal 1 ayat (1) KUHP; Pasal 5 ayat (1), Pasal 10 ayat (1), dan Pasal 50 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Jenis bahan hukum yang lain yaitu bahan hukum sekunder. Diantaranya yaitu Pasal 1 ayat (1), Pasal 1 ayat (2), Pasal 1 ayat (3), dan Pasal 1 ayat (4) RUU KUHP; buku-buku yang berkaitan dengan permasalahan; artikel internet atau jurnal hukum yang berkaitan dengan permasalahan; dan pendapat para ahli atau sarjana. Sedangkan bahan hukum tersier berupa Kamus Hukum, Kamus Besar Bahasa Indonesia, dan Kamus Bahasa Inggris-Indonesia.

Penelitian ini menggunakan teknik penafsiran hukum untuk memperoleh pemahaman komprehensif. Metode penafsiran yang akan digunakan adalah penafsiran gramatikal dan penafsiran historis

PEMBAHASAN

Asas Legalitas dalam Peraturan Perundang-undangan Pidana Indonesia

Indonesia memproklamasikan kemerdekaan pada tanggal 17 Agustus 1945. Ketika proklamasi kemerdekaan, terjadi kekosongan hukum pidana. Untuk membentuk sistem hukum baru, diperlukan proses yang cukup panjang. Oleh sebab itu, demi mengisi kekosongan hukum pidana, WVSNI yang pernah diterapkan oleh kolonial Belanda sebelum Indonesia merdeka digunakan kembali oleh Bangsa Indonesia. Asas konkordasi menjadi dasar untuk menjiplak isi kodifikasi hukum tersebut tanpa merancang ulang. Hal ini untuk pertama kalinya bangsa Indonesia menggunakan konsep kodifikasi hukum secara mandiri tanpa paksaan dari para penjajah. Aspek kepastian hukum mulai diakui dengan maksud untuk menghindari kesewenang-wenangan pemerintah Indonesia dalam menegakkan hukum.

Aspek kepastian hukum lebih dikenal dalam asas legalitas, yaitu penjatuhan pidana baru dapat dilakukan apabila perbuatan tersebut telah diatur

dalam peraturan perundang-undangan. Keberadaan asas legalitas pertama kali dikenal oleh bangsa Indonesia dalam WVSNI yang diberlakukan di Indonesia. Pemberlakuan WVSNI tersebut berdasarkan Peraturan Presiden Nomor 2 Tahun 1945 yang diatur lebih lanjut dalam Undang-Undang No.1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana. Berdasarkan Undang-Undang No.1 Tahun 1946, WVSNI yang namanya diganti dengan WVS diberlakukan di wilayah Jawa dan Madura. Undang-undang tersebut baru diberlakukan di daerah Jawa dan Madura karena daerah-daerah lain masih dikuasai oleh Belanda. Pemerintah Indonesia belum menerima kedaulatan penuh dari Belanda atas bangsa Indonesia.

Pemberlakuan WVS didasari oleh asas yang paling fundamental yaitu asas legalitas. Asas legalitas secara eksplisit tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) WVS (Kitab Undang-Undang Hukum Pidana) yang menyebutkan: “*Suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada sebelumnya.*”. Makna asas legalitas secara umum yaitu apabila suatu perbuatan tidak diatur dalam peraturan perundangan-undangan pidana, maka perbuatan tersebut tidak dapat dituntut. Adanya peraturan tertulis menjadi syarat utama suatu perbuatan dapat dijatuhi putusan pidana.

Kemudian ketika Belanda menyerahkan kedaulatan penuh kepada pemerintah Indonesia atas seluruh wilayah Indonesia, Undang-Undang No.1 Tahun 1946 direvisi dengan peraturan yang lebih baru yaitu Undang-Undang No.73 Tahun 1958 tentang Menyatakan Berlakunya Undang-Undang No. 1 Tahun 1946 Republik Indonesia Tentang Peraturan Hukum Pidana Untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia dan Mengubah Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Di dalam Undang-Undang No.73 Tahun 1958, tidak ada perubahan redaksi dalam pasal 1 ayat (1) tentang asas legalitas sehingga tetap mengacu pada Undang-Undang No.1 Tahun 1946. Namun dalam perkembangannya, asas legalitas dalam pasal 1 ayat (1) tersebut dirasa kurang sesuai dengan perkembangan masyarakat Indonesia saat ini.

Pada zaman penjajahan Belanda, masyarakat Indonesia memiliki karakter etnocentris. Etnocentris merupakan budaya Belanda yang mengalkuturasi dengan

budaya Indonesia. Budaya komunal masyarakat Indonesia melemah karena didominasi budaya etnocentris sehingga asas legalitas yang kaku tersebut lebih mudah diterapkan. Sedangkan masyarakat Indonesia saat ini cenderung komunal sehingga asas yang digunakan oleh Belanda pada tahun 1918 tersebut tidak dapat diterapkan.

Dinamika budaya masyarakat menimbulkan hambatan bagi aparat penegak hukum untuk menjunjung tinggi nilai keadilan. Berlakunya asas legalitas yang sangat rigid atau kaku bertentangan dengan nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat sehingga para penegak hukum terjebak dalam keragu-raguan untuk berpihak pada Undang-Undang atau nilai-nilai di dalam masyarakat. Berdasarkan hal ini, muncul sebuah pemikiran untuk memperluas makna asas legalitas dalam KUHP.

Pemerintah Indonesia mulai melakukan sebuah pembaharuan Hukum Pidana melalui Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang salah satu tujuannya untuk menanggapi pertentangan antara asas legalitas dengan nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat. Di dalam RUU KUHP, asas Legalitas yang terdapat dalam Pasal 1 ayat 1 menyebutkan bahwa:

Tiada seorang pun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan.

Asas legalitas dalam Pasal 1 ayat 1 tersebut diperluas maknanya melalui Pasal 1 ayat 3 yang menyebutkan bahwa:

Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan.

Perluasan makna asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP menunjukkan adanya perkembangan pemikiran dalam pemahaman asas tersebut. Makna asas legalitas diperluas agar sesuai dengan karakter masyarakat Indonesia yang cenderung komunal sehingga lebih mudah diterapkan. Akan tetapi hingga saat ini perluasan makna asas legalitas dalam RUU KUHP masih menimbulkan

perdebatan antar para ahli sehingga masih dalam tahap draft yang dapat diubah kapan pun.

Problematika Yuridis Eksistensi Asas Legalitas dalam Kerangka Penemuan Hukum Pidana

Di dalam KUHP Indonesia, terdapat asas legalitas (Pasal 1 ayat 1) sebagai landasan umum dalam pemberlakuan perundang-undangan pidana. Pada intinya, suatu perbuatan dapat dijatuhi putusan pidana apabila telah diatur terlebih dahulu dalam peraturan perundang-undangan. Apabila tidak diatur dalam hukum positif, maka hakim tidak dapat menjatuhkan putusan pidana. Keberadaan asas legalitas tersebut menjadikan posisi hakim seolah-olah hanya sebagai corong undang-undang. Hakim hanya menerapkan perundang-undangan pidana yang sudah ada dan tidak dapat menerapkan peraturan yang bukan hukum positif.

Namun keberadaan asas legalitas ini tidak mengenyampingkan keberadaan *living law* (hukum yang hidup di dalam masyarakat). Seperti yang telah diterangkan dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyebutkan bahwa, “***Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat***”. Ketentuan ini dapat menjadi alasan pembenar atas penggunaan norma-norma di dalam masyarakat sebagai dasar untuk menentukan keadilan sesuai kehendak masyarakat.

Jadi, apabila perbuatan yang diajukan ke Pengadilan tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan hukum pidana, tetapi nilai di dalam masyarakat mengatakan bahwa perbuatan tersebut termasuk perbuatan amoral dan patut dipidana, maka nilai-nilai tersebut dapat menjadi alasan logis bagi hakim untuk menjatuhkan putusan berdasarkan hati nurani. Ketentuan dalam pasal tersebut juga diperkuat dengan Pasal 10 ayat (1) dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyebutkan bahwa:

Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.

Hal ini bertolak belakang dengan prinsip asas legalitas yang mengharuskan adanya peraturan tertulis terlebih dahulu sebagai wujud kepastian hukum. Namun keberadaan Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman di Indonesia justru melegalkan penggunaan hukum tak tertulis atau *living law* dalam putusan hakim. Hasil penelitian Komisi Yudisial pada tahun 2011 menunjukkan bahwa prosentase Hakim di Pengadilan Tinggi yang melakukan konstruksi hukum mencapai 2,35%.¹² Hal ini menunjukkan bahwa 2,35% hakim di Pengadilan Tinggi pada tahun 2011 telah melakukan penemuan hukum termasuk penemuan hukum pidana. Dalam hal ini hukum tak tertulis menjadi salah satu dasar pijakan, selain hukum positif, dalam menjatuhkan putusan pidana. Salah satu hakim yang pernah melakukan konstruksi hukum dalam penemuan hukum pidana yaitu Bismar Siregar.

Pada tingkat banding, Bismar Siregar menangani kasus perzinahan yang dilakukan oleh seorang pria dan wanita yang belum terikat perkawinan. Sebelum berzina, pihak pria berjanji akan menikahi pihak perempuan. Namun setelah melakukan perzinahan, pihak pria justru meninggalkan pihak wanita tanpa bertanggung jawab. Akibatnya pihak perempuan mengajukan perkara tersebut kepada kepolisian untuk diteruskan ke Pengadilan.¹³

Pada pengadilan tingkat pertama, hakim menjatuhkan putusan pidana atas perbuatan cabul. Namun di tingkat banding, Bismar Siregar menjatuhkan putusan pidana atas tindak pidana penipuan. Bismar memperluas makna ***barang*** sehingga ***alat kelamin*** wanita dapat dikategorikan sebagai objek dalam penipuan. Dasar perluasan tersebut yaitu budaya atau adat Tapanuli dari pelaku dan korban. Di dalam adat mereka dikenal istilah ***bonda*** yang berarti alat kelamin.¹⁴

Perluasan makna ***barang*** dalam putusan Bismar seringkali diidentikkan dengan analogi. Analogi merupakan metode penemuan hukum dengan menerapkan peraturan yang sudah ada pada peristiwa analog atau mirip yang

¹² Muzayyin Mahbub, **Penerapan dan Penemuan Hukum Dalam Putusan Hakim**, Jakarta, Sekretariat Jenderal Komisi Yudisial, 2011, hal 66.

¹³ Antonius Sudirman, **Loc.Cit.**, hal 210.

¹⁴ Antonius Sudirman, **Loc.Cit.**, hal 211.

belum diatur dalam peraturan perundang-undangan.¹⁵ Sedangkan metode perluasan atau ekstensif adalah metode yang menafsirkan melebihi batas-batas makna secara gramatikal.

Permasalahan mengenai penemuan hukum pidana tidak hanya terletak pada eksistensi asas legalitas, tetapi pada penyusunan ketentuan mengenai penemuan hukum tersebut dalam Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman. Pasal 16 ayat (1) Undang-Undang No.4 Tahun 2004 dan Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang No.48 Tahun 2009 hanya memberikan keterangan *cukup jelas* pada penjelasan pasal. Hal ini memberikan permasalahan bagi hakim untuk menghadapi kasus yang tidak diatur dalam undang-undang. Menurut amanat pasal tersebut, hakim memang dilarang menolak kasus dengan dalih hukumnya tidak ada. Namun permasalahannya adalah apakah hakim harus menggali hukum tak tertulis untuk menangani kasus yang tidak diatur dalam undang-undang.

Kedua pasal dalam Undang-Undang No.4 Tahun 2004 dan Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang No.48 Tahun 2009 tidak memberikan penjelasan secara rinci mengenai keterkaitan antara pasal *dilarang menolak kasus yang diatur dalam undang-undang* dengan pasal *hakim wajib menggali hukum tak tertulis*. Dalam hal ini, hakim bisa saja tetap memeriksa dan mengadili tetapi membebaskan pelaku dengan dalih undang-undang tidak mengatur. Kedua pasal tersebut tidak memberikan keterkaitan sehingga hakim tidak harus menjerat pelaku dengan menggunakan hukum tak tertulis.

Eksistensi Asas Legalitas dalam Penemuan Hukum Pidana

Mempertahankan asas legalitas sekaligus nilai-nilai atau hukum tak tertulis dalam masyarakat menjadi sangat penting karena kedua hal tersebut merupakan syarat utama dalam menentukan sifat melawan hukum materiil. Sifat melawan hukum materiil sangat penting sebagai dasar untuk melakukan penemuan hukum pidana ketika menghadapi kekosongan hukum. Hakim dalam mengakomodir hukum tak tertulis harus didasari dengan argumentasi hukum yang rasional. Meskipun diberi wewenang menggunakan hukum tak tertulis melalui argumentasi

¹⁵ Sudikno Mertokusumo, **Op.Cit**, hal 87.

hukum yang rasional, hakim tetap merujuk pada peraturan perundang-undangan pidana untuk menjerat pelaku secara hukum. Argumentasi hukum tersebut harus dicantumkan dalam putusan sebagai wujud pertanggungjawaban hakim kepada pelaku, korban, dan masyarakat.

Adanya argumentasi hukum yang rasional dalam penemuan hukum pidana pada dasarnya untuk mencapai tujuan hukum yaitu keadilan, kepastian, dan kemanfaatan. Kewajiban mempertahankan asas legalitas dalam penemuan hukum pidana menunjukkan orientasi terhadap pencapaian kepastian hukum. Dasar hukum hakim dibatasi oleh hukum positif agar tidak menimbulkan kewenangan dalam menjatuhkan putusan. Hakim dalam melakukan penemuan hukum berdasar pada hukum positif yang diketahui oleh masyarakat umum sehingga dapat diterima secara rasional.

Sedangkan pengakomodiran hukum tak tertulis masyarakat dalam penemuan hukum pidana merupakan wujud untuk mencapai keadilan. Ketika hakim menghadapi kekosongan hukum pidana, hakim harus menggali hukum tak tertulis untuk mendalami urgensi keadilan menurut masyarakat. Berkaitan dengan hal ini, terdapat suatu teori ukuran keadilan yaitu ukuran relatif.

Keadilan harus ditempatkan ditempatkan atas dasar relatif yang berarti keadilan akan berbeda-beda sesuai perbedaan tempat dan waktu.¹⁶ Masing-masing kasus yang dihadapi hakim memiliki keunikan tersendiri sehingga tidak bisa disama ratakan meskipun kasus sama. Ukuran keadilan ditentukan berdasarkan nilai-nilai atau hukum tak tertulis dari pelaku maupun korban. Tentu saja ukuran keadilan ini akan berbeda apabila dihadapkan pada tempat, pelaku, korban, waktu yang berbeda sekalipun kasus sama atau serupa. Masing-masing budaya dari pelaku dan korban akan membawa ukuran keadilan yang berbeda. Hakim harus jeli dalam mendalami hukum tak tertulis tersebut agar dapat menentukan keadilan sesuai kehendak korban dan pelaku.

¹⁶ Munir Fuady, **Aliran Hukum Kritis**, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, hal 102.

Pencapaian kepastian hukum dan keadilan dalam penemuan hukum pidana pada akhirnya akan mencapai kemanfaatan. Penjatuhan putusan tersebut akan memberikan kemanfaatan berupa:

1. Penjatuhan pidana terhadap pelaku akan memberikan efek jera terhadap pelaku sehingga tidak mengulangi perbuatannya lagi.
2. Penjatuhan pidana terhadap perbuatan yang belum diatur dalam peraturan perundang-undangan pidana dapat mencegah masyarakat untuk berbuat serupa.
3. Putusan tersebut dapat dijadikan acuan oleh hakim lain ketika menghadapi kekosongan hukum pidana yang serupa. Pada akhirnya putusan dapat dijadikan sebagai yurisprudensi dan akan mengikat masyarakat jika diakui oleh masyarakat sebagai hukum.

Namun permasalahan mengenai penemuan hukum pidana tidak hanya berhenti pada asas legalitas, tetapi masih ada permasalahan lain yang harus diselesaikan. Pada permasalahan yuridis mengenai ketentuan penemuan hukum yang telah disampaikan di muka, dapat dilihat perbandingan antara pasal 14 ayat 1 (UU 14/1970), 16 ayat 1 (4/2004), dengan 10 ayat 1 (UU 48/2009) mengenai larangan hakim untuk menolak perkara dengan dalih hukumnya tidak ada. Berdasarkan perbandingan tersebut, hanya Pasal 14 ayat (1) Undang-Undang No.14 tahun 1970 yang memberikan penjelasan bahwa hakim dilarang menolak perkara yang tidak ada hukumnya tetapi harus menggali hukum tak tertulis. Hal ini berkaitan langsung dengan pasal 27 ayat (1) yang mewajibkan hakim untuk menggali hukum tak tertulis atau nilai-nilai di dalam masyarakat. Kemudian berdasarkan pasal 23 ayat (1) hakim harus memuat alasan menggunakan hukum tak tertulis dalam putusan.

Sedangkan Pasal 16 ayat (1) Undang-Undang No.4 Tahun 2004 dan Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang No.48 Tahun 2009 hanya memberikan keterangan *cukup jelas* pada penjelasan pasal. Hal ini memberikan permasalahan bagi hakim untuk menghadapi kasus yang tidak diatur dalam undang-undang. Menurut amanat pasal tersebut, hakim memang dilarang menolak kasus dengan dalih hukumnya tidak ada. Namun permasalahannya adalah apakah hakim harus

menggali hukum tak tertulis untuk menangani kasus yang tidak diatur dalam undang-undang.

Kedua pasal dalam Undang-Undang No.4 Tahun 2004 dan Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang No.48 Tahun 2009 tidak memberikan penjelasan secara rinci mengenai keterkaitan antara pasal ***dilarang menolak kasus yang diatur dalam undang-undang*** dengan pasal ***hakim wajib menggali hukum tak tertulis***. Dalam hal ini, hakim bisa saja tetap memeriksa dan mengadili tetapi membebaskan pelaku dengan dalih undang-undang tidak mengatur. Kedua pasal tersebut tidak memberikan keterkaitan sehingga hakim tidak harus menjerat pelaku dengan menggunakan hukum tak tertulis.

Penyusunan yang tidak sistematis dalam Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman khususnya Undang-Undang yang lebih baru akan mempersulit hakim untuk melakukan penemuan hukum pidana. Ketika hakim akan melakukan penemuan hukum pidana dengan metode sistematis, maka hakim tidak akan bisa menggunakan karena penyusunan pasal tentang penemuan hukum dalam Undang-Undang No.48 Tahun 2009 kurang sistematis. Jika hal ini terus dibiarkan, akan memberikan peluang bagi hakim untuk membebaskan terdakwa dengan dalih undang-undang tidak mengatur dan tidak ada kewajiban untuk menjerat terdakwa dengan dasar hukum tak tertulis.

Penyusunan Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman yang tidak sistematis harus segera direvisi agar tidak memberikan peluang bagi hakim untuk mengabaikan hukum tak tertulis sehingga dapat membebaskan terdakwa dari jerat hukum. Revisi tersebut akan lebih baik jika di dalam penjelasan Pasal 10 ayat (1) diberi keterangan bahwa hakim dilarang menolak perkara dengan dalih hukumnya tidak ada tetapi wajib menggali hukum tak tertulis untuk menyelesaikan perkara tersebut. Hal ini akan memberikan keterkaitan langsung dengan Pasal 5 ayat (1) sehingga hakim dapat menggunakan dasar hukum tak tertulis sesuai amanat pasal tersebut. Hakim dapat menggunakan dasar hukum dari Pasal 5 ayat (1) untuk melakukan penemuan hukum pidana dengan menggunakan hukum tak tertulis.

Kaitan antara Pasal 10 ayat (1) dan Pasal 5 ayat (1) akan memberikan kaitan pula pada kewajiban hakim untuk memuat alasan menggunakan hukum tak

tertulis dalam menangani putusan. Hal ini sebagai wujud pertanggungjawaban hakim dalam bentuk argumentasi hukum yang dapat diterima secara rasional oleh terdakwa, korban, maupun masyarakat. Melalui penyusunan secara sistematis pasal-pasal mengenai penemuan hukum dalam Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman, diharapkan dapat menjadikan hakim untuk tetap menggali hukum tak tertulis ketika undang-undang tidak mengaturnya. Artinya hakim dapat menggunakan hukum tak tertulis untuk menjerat terdakwa dengan dasar Undang-Undang Pidana. Dengan demikian kepastian hukum sekaligus keadilan dapat tercapai dalam penemuan hukum pidana.

KESIMPULAN DAN SARAN

Kesimpulan

Hakim sebagai seseorang yang memiliki wewenang untuk melakukan penemuan hukum pidana wajib mengakomodir hukum tak tertulis ketika menghadapi kekosongan hukum. Namun argumentasi yang dipergunakan harus rasional sehingga dapat diterima oleh korban dan pelaku serta tidak bertentangan dengan asas legalitas. Selain itu penyusunan Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman juga harus lebih sistematis untuk menghindari terjadinya penyimpangan oleh hakim dengan membebaskan pelaku dari jerat hukum dengan dalih asas legalitas.

Saran

Hakim dalam melakukan penemuan hukum sebaiknya tetap mengakomodir hukum tak tertulis agar rasa keadilan masyarakat tidak ternodai. Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman juga sebaiknya direvisi agar tidak memberikan peluang bagi hakim untuk membebaskan pelaku dari jerat hukum tak tertulis.

DAFTAR PUSTAKA

- A.Fuad Usfa, **Pengantar Hukum Pidana**, UPT.Penerbitan Universitas Muhammadiyah, 2004, Malang.
- Ahmad Rifai, **Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif**, Sinar Grafika, Jakarta, 2010.
- Amiruddin & Zainal Asikin, **Pengantar Metode Penelitian Hukum**, PT.Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2008.

- Amzulian Rifai dkk, **Wajah Hakim dalam Putusan: Studi atas Putusan Hakim Berdimensi Hak Asasi Manusia**, PUSHAM UII, Yogyakarta, Tidak Ada Tahun.
- Anthon F. Susanto, **Dekonstruksi Hukum: Eksplorasi Teks dan Model Pembacaan**, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010.
- , **Semiotika Hukum: Dari Dekonstruksi Teks Menuju Progresivitas Makna**, PT.Refika Aditama, Bandung, 2005.
- Antonius Sudirman, **Hati Nurani Hakim dan Putusannya: Suatu Pendekatan dari Perspektif Ilmu Hukum Perilaku (Behavioral Jurisprudence) Kasus Hukum Bismar Siregar**, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007.
- Boy Nurdin, **Kedudukan dan Fungsi Hakim dalam Penegakan Hukum di Indonesia**, PT.Alumni, Bandung, 2012.
- Chairul Huda, **Dari ‘Tiada Pidana Tanpa Kesalahan’ Menuju Kepada ‘Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan**, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2011.
- Dyah Ochtorina Susanti & IGN Parikesit Widiatedja, **Asas Keadilan: Konsep dan Implementasinya dalam Perspektif Hukum Islam dan Hukum Barat**, Bayumedia Publishing, Malang, 2011.
- Eddy O.S Hiariej, **Asas Legalitas dan Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana**, Penerbit Erlangga, Jakarta, 2009.
- Erdianto Effendi, **Hukum Pidana Indonesia: Suatu Pengantar**, PT.Refika Aditama, Bandung, 2011.
- Faisal, **Menerobos Positivisme Hukum**, Rangkang-education, Yogyakarta, 2010.
- Hans Kelsen, **Teori Hukum Murni: Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif**, Nusa Media, Bandung, 2008.
- H.A. Zainal Abidin, **Hukum Pidana I**, Sinar Grafika, Jakarta, 2010.
- Hilman Hadikusuma, **Bahasa Hukum Indonesia**, PT.Alumni, Bandung, 2010.
- J.E.Sahetapy (ed), **Hukum Pidana**, Liberty, Yogyakarta, 2003.
- Johnny Ibrahim, **Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif**, Bayumedia Publishing, Malang, 2011.
- Kansil & Christine S.T. Kansil, **Pokok-Pokok Hukum Pidana: Hukum Pidana Untuk Tiap Orang**, Pradnya Paramita, Jakarta, 2004.
- Lilik Mulyadi, **Seraut Wajah Putusan Hakim dalam Hukum Acara Pidana Indonesia: Perspektif, Teoretis, Praktik, Teknik Membuat, dan Permasalahannya**, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung, 2010.
- , **Bunga Rampai Hukum Pidana: Perspektif, Teoretis dan Praktik**, PT.Alumni, Bandung, 2012.

Muladi dan Barda Nawawi Arief, **Teori-Teori dan Kebijakan Pidana**, Alumni, Bandung, 2005.

Munir Fuady, **Aliran Hukum Kritis**, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003.

-----, **Dinamika Teori Hukum**, Ghalia Indonesia, Bogor, 2010.

Muzayyin Mahbub, **Penerapan dan Penemuan Hukum Dalam Putusan Hakim**, Jakarta, Sekretariat Jenderal Komisi Yudisial, 2011.

Philipus M. Hadjon & Tatiek Sri Djatmiati, **Argumentasi Hukum**, Gajahmada University Press, Yogyakarta, 2011.

R.Abdoel Djamali, **Pengantar Hukum Indonesia (Revisi)**, PT.RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2009.

Roni Wiyanto, **Asas-Asas Hukum Pidana Indonesia**, Mandar Maju, Bandung, 2012.

Satjipto Rahardjo, **Hukum Progresif: Sebuah Sintesa Hukum Indonesia**, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009.

Shiddiq Tgk. Armia, **Perkembangan Pemikiran Dalam Ilmu Hukum**, Pradnya Paramita, Jakarta, 2003.

Sudikno Mertokusumo, **Mengenal Hukum: Suatu Pengantar**, Liberty, Yogyakarta, 2005.

-----, **Penemuan Hukum: Sebuah Pengantar**, Universitas Atmajaya, Yogyakarta, 2010.

Tolib Setiady, **Intisari Hukum Adat Indonesia: Dalam Kajian Kepustakaan**, Bandung, Alfabeta, 2009.

Yudha Bhakti Ardhiwisastra, **Penafsiran dan Konstruksi Hukum**, Alumni, Bandung, 2000.

Peraturan Perundang-Undangan

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana

Undang-Undang Dasar 1945

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekusaan Kehakiman

Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Tahun 2010